

¿Tiranía de los valores? Problemas y caminos de una protección europea del Estado de derecho nacional*

Armin von Bogdandy

1. EL DIFÍCIL TERRITORIO INEXPLORADO DE LA UNIÓN DE VALORES

En 2007, el Tratado de Lisboa realiza los *fundamentos* del Tratado de la Unión Europea como *valores* europeos. Con ello, abandonan el mundo meramente jurídico la dignidad humana, los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho, este último, el elemento esencial del cual nos ocupamos. El artífice del Tratado postula los valores como las orientaciones normativas reales, altamente valiosas, ampliamente compartidas, profundamente arraigadas, formando así la base de la casa común europea. Esta base, más allá de las ratificaciones de los Estados miembros, debe proporcionar, en efecto, una nueva fuente de legitimidad y

* Este texto se basa en una conferencia dictada en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público (MPIL) en febrero de 2019, con motivo del 15 aniversario del Coloquio Iberoamericano del Instituto. Se publicó en alemán bajo el título “Tyrannei der Werte? Probleme und Wege europäischen Schutzes nationaler Rechtsstaatlichkeit”, y en inglés con el título “Tyranny of values? On the European defense of the Polish constitution”, Research Paper núm. 2019-04, 17 de enero de 2019, <https://ssrn.com/abstract=3317539> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3317539>

estabilidad;¹ sin embargo, hoy en día, el paso dado en el Tratado de Lisboa agrava la percepción de la crisis: dado que estos valores fundamentales parecen débiles o controvertidos, fácilmente se puede ver afectada la casa entera. El camino hacia la unión de valores no parece que entrañe menos riesgos que el camino hacia la unión monetaria.

El discurso sobre los valores europeos se ha convertido en uno de autoafirmación dentro de un discurso de crisis.² En la actualidad, este está siendo alimentado en particular por medidas con las que los gobiernos modifican sus instituciones de control y, de este modo, surge la preocupación de si no se les estará debilitando. Mayoritariamente se ve en peligro el Estado de derecho, pero también se ven afectados los valores democráticos y el respeto de los derechos humanos.³ En ciencia política estas medidas son típicamente sintomáticas de democracias defectuosas o liberales, de tendencias autoritarias.⁴

¹ Con referencia a las consideraciones relevantes durante los debates véase Mandry, Christof, *Europa als Wertegemeinschaft. Eine theologisch-ethische Studie zum politischen Selbstverständnis der Europäischen Union*, Nomos, 2009, pág. 55 y ss. Respecto a la necesidad filosófica, Joas, Hans, *Die Entstehung der Werte*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1997.

² Huber, P. M., “Europäische Verfassungen und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis”, *Der Staat*, vol. 56, 2017, p. 389; Voßkuhle, Andreas, *Die Idee der Europäischen Wertegemeinschaft*, Klaus Bittner, 2018, pp. 16 y ss.

³ Comisión Europea, Vorschlag für eine Verordnung über den Schutz des Haushalts der Union im Falle von generellen Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip in den Mitgliedstaaten, 2018/0136 (COD), Erwägung 3; básicamente Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, 1992, pp. 109 y ss.; más específicamente, Möllers, Christoph y Schneider, Linda, *Demokratisierung in der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, 2018, pp. 97 y ss.

⁴ Lauth, Hans-Joachim y Sehring, Jenniver, “Putting Deficient Rechtsstaat on the Research Agenda: Reflections on Diminished Subtypes”, *Comparative Sociology*, vol. 8, núm. 2, 2009, pp. 165-201; Kailitz, Steffen y Köllner, Patrick, “Zur Autokratieforschung der Gegenwart: Klassifikatorische Vorschläge, theoretische Ansätze und analytische Dimensionen”, *Politische Vierteljahresschrift*, vol. 47, 2012, pp. 9 y 11; Merkel, Wolfgang, “Vergleich politischer Systeme: Demokratien und Autokratien”, en Schmidt, Manfred G.; Wolf, Frieder y Wurster, Stefan, (eds.), *Studienbuch Politikwissenschaft*, Springer, 2013, pp. 207, 223 y ss.

¿Tiranía de los valores? Problemas y caminos de una protección...

Un caso específico es la transformación que ha sufrido la justicia polaca desde 2015;⁵ sin embargo, la evolución de la situación en Polonia no es el único ejemplo. En varios de los Estados miembros de la Unión Europea se pueden contemplar tendencias similares.⁶ Por esta razón, el constitucionalismo europeo quizás se encuentra en un “momento de determinación constitucional”.⁷ Se ha de decidir si abarca a las democracias iliberales o si las combate. En el primero de los casos, se anunciaría el fin de la autopercepción constitucional tal y como se ha entendido hasta ahora, ya que las democracias iliberales participarían a partir de este momento en la determinación de los valores comunes del artículo 2 del TUE. El camino alternativo exige mantener la autopercepción reinante hasta ahora. Para ello el constitucionalismo europeo tendría que trazar “líneas rojas” y defenderlas, lo que también implicaría una importante evolución, porque desarrollaría contornos más claros y una verdadera fuerza de resistencia.

Es este segundo camino el que se sugiere, llevando al derecho europeo seguramente a un territorio inexplorado y extremadamente complicado.⁸ Algunas voces académicas consideran el accionar europeo/enfoque europeo como demasiado unilateral.⁹ Otras, recriminan a la Unión una doble moral, porque ni siquie-

⁵ Una lista de las medidas particularmente problemáticas en la Comisión Europea propuesta motivada en virtud del art. 7, apdo. 1, del TUE sobre el Estado de derecho en Polonia, COM (2017) 835 final, marg. 6 y ss.; sobre el contexto, Bachmann, Klaus, “Zur Entwicklung der polnischen Demokratie”, *APuZ*, núm. 10-11, marzo de 2018, pp. 9 y ss.

⁶ Halmai, Gabor, “Illiberal Constitutionalism? The Hungarian Constitution in a European Perspective”, en Kadelbach, Stefan (ed.), *Verfassungskrisen in der Europäischen Union*, Nomos, 2018, p. 85.

⁷ Ackerman, Bruce, *We the People: Foundations*, 1991, vol. 1, p. 6, pero con un impulso diferente allí.

⁸ Stein, T., “Die rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten der Europäischen Union bei schwerwiegender und anhaltender Verletzung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätze in einem Mitgliedstaat”, en Götz, Volkmar; Selmer, Peter y Wolfrum, Rudiger (eds.), *Liber amicorum Günther Jaenicke*, Springer, 1998, p. 873.

⁹ Mendelski, M., “Das europäische Evaluierungsdefizit der Rechtsstaatlichkeit”, *Leviathan* vol. 44, 2016, pp. 366 y 390; Franzius, C., “Der Kampf um Demokratie in Polen und Ungarn”, *DöV*, 2018, pp. 381, 382 y 386.

ra ella misma cumple con los valores que está pidiendo a sus miembros,¹⁰ siendo por eso “inadecuada” la Comisión Europea como guardiana de la democracia liberal.¹¹

Algunos, incluso, ven en el territorio inexplorado del derecho europeo lo que Carl Schmitt estigmatizó como la “tiranía de los valores”: la realización de los valores al destruirlos.¹² El embajador polaco en Berlín dijo, en abril de 2017, que todos los valores europeos son respetados en Polonia, pero el problema es la interpretación. Bruselas está demasiado marcada ideológicamente, sobre todo por una ideología del liberalismo de izquierdas.¹³ Este posicionamiento es sintomático: Uwe Volkmann ha observado que hoy en día en la sociedad europea existen “diferentes tipos de sistemas de valores que giran solo alrededor de sí mismos y entre los cuales apenas hay contacto”.¹⁴ Ello implica que la predominancia de uno sea fácilmente concebida como tiranía del otro.

Además, el debate sobre los valores a menudo es poco racional, pues son más defendidos vehementemente que justificados discursivamente.¹⁵ No obstante, existe la posibilidad de abordarlos de manera racional. En particular, la dogmática jurídica puede ser un garante de legitimidad y efectividad en situaciones conflictivas.¹⁶ Para serlo, aparecen cuatro aspectos de relevancia par-

¹⁰ Weiler, J. H. H., “Epilogue: living in a glass house: Europe, democracy and the rule of law”, en Closa, Carlos y Kochenov, Dimitry (eds.), *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 313 y 326.

¹¹ Schorkopf, Frank, “Wertesicherung in der Europäischen Union. Prävention, Quarantäne und Aufsicht als Bausteine eines Rechts der Verfassungskrise?”, *EuR*, 2016, pp. 147 y 159.

¹² Schmitt, Carl, *Die Tyrannei der Werte*, Epílogo de Schönberger, C., 3a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 2011, pp. 48 y ss. El término *Tyrannei der Werte* viene de Hartmann, Nicolai, *Ethik*, De Gruyter, 1962, pp. 524 y ss.

¹³ Voßkuhle, Andreas, *Die Idee der Europäischen... cit.*, p. 17.

¹⁴ Volkmann, Uwe, “Wertedämmerung”, *Merkur*, vol. 72, 2018, pp. 5 y 14.

¹⁵ Véase solo Weber, Max, *Wissenschaft als Beruf*, 1919; Frankenberg, Günter, “Angst im Rechtsstaat”, *KJ*, vol. 10, 1977, pp. 353 y ss.

¹⁶ Entonces, en rara armonía, Schmitt y Habermas: Schmitt, Carl, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Internationaler Universitäts-Verlag,

¿Tiranía de los valores? Problemas y caminos de una protección...

ricular: 1) la participación de los tribunales constitucionales de los Estados miembros en la defensa de los valores europeos; 2) la necesidad de que se cumpla el mandato del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE); 3) la interpretación de los valores europeos como “líneas rojas”, y 4) su aplicación en una unión multinivel de valoración / un sistema de evaluación multinivel.

2. VALORES EUROPEOS ANTE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES NACIONALES

La defensa de los valores por las instituciones políticas ha sido, hasta ahora, poco eficaz. Como ha sucedido muchas veces a lo largo de la historia de la integración, surge la cuestión de si la justicia, en general, y los tribunales constitucionales nacionales, en particular, podrían actuar compensando esta situación. Se plantea en primer lugar la cuestión de los valores del artículo 2 del Tratado de Lisboa. El término *valor* deja asumir que la fuente (art. 2 del TUE)¹⁷ En contra de la justiciabilidad de los valores se puede argumentar también con base en la separación de poderes. Su aplicación jurídica ampliaría la esfera del poder judicial a conflictos altamente políticos y le abriría márgenes¹⁸ Todo ello se evita al entender los valores como no justiciables.

A pesar de ello, la Comisión Europea y el TJUE, con un esfuerzo interpretativo considerable, han llenado de densidad los valores del artículo 2 del TUE de tal manera que ahora son susceptibles de ser objeto de discursos jurídicos sobre su aplicabilidad. Hasta este momento la atención se ha centrado en el valor del Estado de derecho, el camino más significativo para lograr tal densidad del artículo 2 es una conexión con los derechos funda-

1950; Habermas, Jürgen, “Discourse Theory and International Law”, *Verf-Blog*, 12 de mayo de 2013.

¹⁷ Kochenov, Dimitry, “On Policing Article 2 TEU Compliance”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 33, 2013, pp. 145 y 149.

¹⁸ Sobre la discusión alemana véase Schmitt, Carl, *Die Tyrannei der Werte...*, cit.; Böckenförde, E.W., “Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat*, vol. 29, 1990, pp. 1 y 25.

mentales y los principios establecidos en las tradiciones constitucionales comunes.¹⁹ Este esfuerzo tuvo éxito, pues incluso del “Libro Blanco sobre la reforma judicial” polaca y ciertamente no eurófila —que defiende los controvertidos cambios en la jurisdicción polaca como conformes a los valores— se puede extraer que los valores europeos permiten entretanto discursos de aplicación concretos.²⁰

En el proceso de hacer operativo judicialmente el valor del Estado de derecho deben ponerse de relieve dos sentencias del TJUE, de 2018. En el caso *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)* el Tribunal extrae del artículo 19 del Tratado de la Unión Europea (TUE) normas para la protección institucional de la independencia de los jueces en los Estados miembros.²¹ En el caso *LM (Deficiency)* sigue con esta línea y otorga la posibilidad a los particulares de defender los valores europeos en relación con los derechos fundamentales.²² La figura dogmática subyacente recuerda a la creativa construcción procesal de la sentencia *Maastricht* del Tribunal Constitucional de Alemania que también hizo justiciable un principio fundamental (la democracia) a través de un derecho individual (derecho de voto, art. 38 párr. 1 del Código Civil alemán).²³ Según el caso *LM* ahora también es esen-

¹⁹ Véase, por ejemplo, el caso C - 216/18 PPU del ECJ, ECLI: EU: C: 2018: 586, marg. 70-73 - *Minister for Justice and Equality/LM*; para tradiciones constitucionales comunes véase Cassese, Sabino, “The ‘Constitutional Traditions Common to the Member States’ of the European Union”, pp. 949 ss.; Graziadei, Michele y Caria, Riccardo de, “The ‘Constitutional Traditions Common to the Member States’ in the Case-Law of the European Court of Justice. Judicial Dialogue at its Finest”, pp. 939 y ss.; ambos en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2017.

²⁰ Cancillería del Primer Ministro de Polonia, White Paper on the Reform of the Polish Judiciary, 7 de marzo de 2018, https://www.premier.gov.pl/files/files/white_paper_en_full.pdf, Rn. 166

²¹ TJCE, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 - *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

²² TJCE Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 70-73 - *Minister for Justice and Equality/LM*, en particular, Rn. 47 y ss.

²³ BVerfG, 2 BvE 2/08, Lissabon, Rn. 176-180, 210; 2 BvR 2134, Maastricht, Rn. 91 y ss.; véase la crítica de Nettesheim, Martin, “Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BverfG”, *NJW*, vol. 62, núm. 39, 2009, pp. 2867 y 2869.

¿Tiranía de los valores? Problemas y caminos de una protección...

cial para la “protección” de los valores europeos la “vigilancia del respeto de los derechos de los particulares”.²⁴

De este modo los valores del artículo 2 del TUE quedan bajo el ámbito de competencia de los tribunales, inclusive de aquellos de los Estados miembros.²⁵ Los valores son de aplicación inmediata.²⁶ Ello significa, que también los tribunales constitucionales pueden tomar estos valores como estándar o punto de referencia y así defenderlos. No obstante, se encuentra una restricción en el hecho de que, en varios Estados miembros, según la interpretación de los tribunales constitucionales respectivos, el derecho de la Unión no es *objeto* de análisis ni *criterio* de revisión.²⁷ Mayoritariamente se argumentan dos tipos de razones. Por un lado, existen razones técnico-jurídicas y dogmáticas, en particular por la ausencia de reconocimiento con rango constitucional del derecho de la Unión, así como la ausencia de normas de atribución de competencias. Por otro lado, existen consideraciones político-jurídicas, destacándose que la abstención de los tribunales constitucionales propiciaría una división de funciones menos conflictiva entre el TJUE y los tribunales constitucionales.²⁸

Estas consideraciones están sujetas a objeciones. La mayoría de los tribunales constitucionales de los Estados miembros

²⁴ TJCE, Rs. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 – *Van Gend and Loos*, p. 26.

²⁵ Particularmente, TJCE, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*; TJCE Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 70-73 – *Minister for Justice and Equality/LM* insb. Rn. 47 ss.; ya antes TJCE, Rs. C-477/16 PPU, EU:C:2016:861 – *Kovalkovas*; Rs. C-452/16 PPU, EU:C:2016:858 – *Poltorak*.

²⁶ Véase Wohlfahrt, Christian, *Die Vermutung unmittelbarer Wirkung des Unionsrechts*, Springer, 2015.

²⁷ Más en detalle, Paris, Davide, “Constitutional courts as European Union courts: The current and potential use of EU law as a yardstick for constitutional review”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24, 2017, pp. 792, 798 y ss.; Mengozzi, P., “A European Partnership of Courts: Judicial Dialogue between the EU Court of Justice and National Constitutional Courts”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, vol. 20, 2015, p. 707; Lacchi, C., “Review by Constitutional Courts of the Obligation of National Courts of Last Instance to Refer a Preliminary Question to the Court of Justice of the EU”, *German Law Journal*, vol. 16, 2015, p. 1663.

²⁸ Paris, Davide, *op. cit.*, p. 814.

ARMIN VON BOGDANDY

dispone de un margen de interpretación amplio para ocuparse también del derecho de la Unión.²⁹ Tomar en cuenta el derecho de la Unión, incluyendo sus valores, en el mandato del control de constitucionalidad significaría que su aplicación sería más efectiva. Pero también para los tribunales constitucionales tendría sentido tomar en cuenta el derecho de la Unión ya que así pueden tener una mejor participación en la configuración del espacio jurídico europeo.³⁰

3. UN PROCESO JUSTO

El eje de la sentencia *LM (Deficiency)* del TJUE es el derecho fundamental a un proceso justo, contemplado en el artículo 47, apartado 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).³¹ Es la expresión de un principio jurídico general, que en el espacio jurídico europeo no solo salvaguarda a los individuos, sino también a instituciones soberanas. Además, se aplica no solo para los procesos jurídicos, sino también para cuando una persona jurídica se enfrenta al ejercicio del poder público,³² especialmente cuando se trata de intereses importan-

²⁹ Más en detalle, *ibidem*, pp. 809 y ss.; Griebel, Jörn, *Europäische Grundrechte als Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde*, *Das Deutsche Verwaltungsblatt*, Deutsches Verwaltungsblatt, 2014 p. 204; Bäcker, M., “Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte”, *Europarecht*, vol. 50, 2015, p. 411.

³⁰ Con respeto a este debate, Voßkuhle, Andreas, “Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund”, *European Constitutional Law Review*, vol. 7, 2010, pp. 175 y 197; Komárek, Jan, “Why National Constitutional Courts Should not Embrace EU Fundamental Rights”, en Vries, Sybe de; Bernitz Ulf y Weatherill Stephen (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights as Binding Instruments*, Hart Publishing, 2015, p. 75; Thym, D., “Vereint die Grundrechte!”, *Juristenzeitung*, vol. 70, 2015, p. 56.

³¹ Jarass, H., “Art. 47”, en Stern, K. y Sachs M. (eds.), *Europäische Grundrechte-Charta: GRCh*, 3a. ed. C.H. Beck, 2016, Rn. 12.

³² Alber, S., “Art. 47”, en Stern, K. y Sachs M. (eds.), *op. cit.*, Rn. 10. Sobre la validez del art. 47, párr. 2 de la GRCh también en relación con el procedimiento en materia de derecho administrativo, Nowak, Ebene C., “Europäisches Verwaltungsrecht und Grundrechte”, en Terhechte, J. P., (ed.), *Verwaltungsrecht der EU*, Baden-Baden, Nomos, 2011, § 14, Rn. 44.

¿Tiranía de los valores? Problemas y caminos de una protección...

tes. Generalmente, este es el caso en conflictos por déficits sistémicos: la reputación estatal, el interés en persecuciones penales, el trabajo eficaz de la justicia estatal, los intereses financieros, así como la participación en las instituciones de la Unión. Un juicio creíble no solo es relevante para la legitimidad, sino también para la imposición de una decisión y la cohesión en una unión.³³

De importancia singular es la cuestión controvertida sobre si los tribunales de los Estados miembros tienen que plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE cuando el objeto del litigio es un déficit sistémico en otro Estado miembro. Un tribunal nacional puede tratar los déficits tanto a la luz de los valores europeos del artículo 2 del TUE —como lo hizo el Alto Tribunal de Irlanda en el caso *Celmer*—³⁴ como a la luz de los principios básicos de la Constitución de uno de los Estados miembros, como en el caso *Control de identidad I (Identitätskontrolle I)* del Tribunal Constitucional Federal de Alemania,³⁵ quien fue criticado por no haber planteado una cuestión prejudicial al TJUE.³⁶

La pregunta general sobre la obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de los tribunales constitucionales es ampliamente discutida y no debe ser recapitulada aquí.³⁷

³³ Luhmann, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, 2a. ed., Suhrkamp, 1975, pp. 34 y ss., 48 y ss., 116-20.

³⁴ Véase Donnelly J., en *The Minister for Justice and Equality v. Celmer*, 2018, IEHC 119.

³⁵ BVerfG, Sentencia de 15 de diciembre de 2015, 2 BvR 2735/14 – *Control de Identidad I*.

³⁶ Véase la crítica de Burchardt, Dana, “Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht”, *ZaöRV*, vol. 76, 2016, pp. 527 y ss.; Schönberger, C., “Anmerkung”, *Juristen Zeitung*, 2016, p. 422; Nettesheim, M., “Anmerkung”, *Juristen Zeitung*, 2016, p. 424; Sauer, Heiko, “Solange geht in Altersteilzeit. Der unbedingte Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht”, *NJW*, vol. 69, núm. 16, 2016, p. 1134; Classen, Claus Dieter, “Zu wenig, zu fundamentalistisch. Zur grundrechtlichen Kontrolle ‘unionsrechtlich determinierter’ nationaler Hoheitsakte”, *Europarecht*, núm. 3, 2016, p. 304; Nowag, J., “EU law, constitutional identity, and human dignity: A toxic mix? Bundesverfassungsgericht: Mr R”, *CMLRev.*, vol. 53, 2016, pp. 1441, 1450 y ss.; Rügge, G., “Bundesverfassungsgericht e Corte di Giustizia dell’UE: quale futuro per il dialogo sul rispetto dell’identità nazionale?”, *DUE*, 2016, p. 789.

³⁷ Véase Paris, Davide, *op. cit.*, n. 28.

En la lucha contra los déficits sistémicos, me parece que la referencia del TJUE a una coexistencia pacífica y ordenada de los Estados miembros es de particular importancia. Un procedimiento prejudicial ante este Tribunal posibilita una defensa de los valores europeos en un proceso que precisamente los respeta: el valor del Estado de derecho exige un proceso justo. De esta manera, el Estado miembro concernido ha de ser incluido en él con una posición cualificada. A diferencia del TJUE, un tribunal nacional difícilmente puede ofrecer tal participación al gobierno de otro Estado. Se puede argumentar que probablemente solo un procedimiento prejudicial puede canalizar los problemas críticos de un déficit sistémico en otra jurisdicción hacia una decisión legítima en un procedimiento constitucional ordenado.

Por último, pero no menos importante, según el precepto político-constitucional “Europa debe hablar con una sola voz”, incluso si los tribunales supremos nacionales hablan de identidad nacional en lugar de valores europeos, debería quedar claro que una identidad basada en la constitución nacional de carácter liberal-democrático puede defenderse mejor dentro del marco de los valores europeos. Esta es otra razón por la que los tribunales constitucionales deben consultar al TJUE si tienen que decidir sobre déficits sistémicos de los otros ordenamientos jurídicos.³⁸

4. “LÍNEAS ROJAS” EN VEZ DE “LEYES DE CONSTRUCCIÓN”

¿Cómo han de aplicarse e interpretarse los valores europeos? El comentario sobre la dignidad humana del artículo 1, apartado 1 de la Ley Fundamental de Bonn en la séptima edición del libro *v. Mangoldt/Klein/Starck* abarca 60 páginas, y su comentario sobre democracia y Estado de derecho del artículo 20 es de casi de 150 páginas. Tal como demuestran esas extensas páginas, se podría extraer de los principios básicos de dignidad humana, Estado de derecho y democracia, muchos anclajes de

³⁸ Más detallado en Spieker, Luke Dimitrios, “From Moral Values to Legal Obligations. On How to Activate the Union’s Common Values in the EU Rule of Law Crisis”, MPIL Research Paper núm. 24, 2018, pp. 22 y ss.

¿Tiranía de los valores? Problemas y caminos de una protección...

una constitución o incluso de un ordenamiento jurídico íntegro. En consecuencia, los principios constitucionales básicos valen como “normas elementales”³⁹ e incluso como “mandamientos de optimización”,⁴⁰ acordes a una dogmática constructiva correspondiente y una jurisprudencia creativa. Al fin y al cabo, en el derecho alemán se puede reconstruir casi cada violación de un derecho como una violación de un principio fundamental.

Esto no puede ser un ejemplo para el tratamiento jurídico de los valores del artículo 2 del TUE, especialmente en cuanto que establecen normas para los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.⁴¹ Ya con el término *Wert* en el referido artículo se da a entender a los Estados miembros que las normas establecidas en él son particularmente imprecisas y, como consecuencia, abiertas.⁴² Esta apertura no está concebida como un instrumento de habilitación para los tribunales para desarrollar los valores a través de su aplicación continua en muchas situaciones a un plano del derecho constitucional común europeo. Aunque es cierto que el artículo 2 del TUE tiene un carácter inmediato y por consiguiente es invocable judicialmente, esto no cambia el hecho de que en ningún caso pueda desarrollarse y convertirse en algo similar a una cláusula de homogeneidad como la del artículo 28 de la Ley Fundamental de Bonn o la del artículo IV sección 4 y XIII a XV de la Constitución estadounidense,⁴³ que reconduce hacia

³⁹ Reimer, Franz, *Verfassungsprinzipien*, Berlín, Duncker & Humblot, 2001, pp. 26 y ss..

⁴⁰ Más detallado en Schulze-Fielitz, H., en Dreier, Horst (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2015, vol. 2, art. 20 (*Rechtsstaat*), Rn. 44.

⁴¹ La situación es diferente con respecto al sistema legal sindical: Bogdandy, Armin von, “Prinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen”, en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, 2013, t. XI: Internationale Bezüge, § 232, Rn. 35 y ss.

⁴² La apertura es un punto central de la crítica de Schmitt. Véase Schmitt, Carl, *Die Tyrannei der Werte...*, cit., pp. 23, 53 y ss. El autor habla sobre el “terror de la aplicación de los valores”.

⁴³ Véase Giegerich, Thomas, “Verfassungshomogenität, Verfassungsautonomie und Verfassungsaufsicht in der EU: Zum ‘neuen Rechtsstaatsmechanismus’ der Europäischen Kommission”, en Calliess, Christian (ed.), *He-*

un estrecho margen la autonomía constitucional de los Estados miembros, pues esto no encajaría con el principio europeo de un pluralismo constitucional.⁴⁴

La diversidad constitucional de los Estados miembros, protegida por el derecho de la Unión, es enorme: repúblicas y monarquías, sistemas parlamentarios y semipresenciales, parlamentos fuertes y débiles, consociativismos y democracias mayoritarias, todos con estructuras partidarias fuertes y débiles, con instituciones sociales fuertes y débiles, con ordenamientos unitarios y federales o tribunales constitucionales inexistentes, débiles y fuertes, muy diferentes grados de autoorganización de la justicia así como divergencias notables entre el contenido y la intensidad de protección de los derechos fundamentales, sin olvidar a las tradiciones constitucionales otomanas, católicas, laicas, protestantes, anarcosindicalistas, socialistas, provenientes de la sociedad civil, postcoloniales o estatistas. Con esta diversidad, sería incompatible desarrollar los valores del artículo 2 del TUE como “normas elementales” de todos los derechos en el espacio jurídico europeo o incluso como mandamiento de optimización que permiten un control minucioso del derecho de los Estados miembros.

La protección de los valores entiende la protección de los fundamentos de la estructura europea, en particular de la autopercepción de la comunidad como comunidad de valores, del principio de confianza mutua, así como de los contenidos fundamentales de los derechos individuales. Esto explica la vaguedad de los valores, así como las fuertes barreras procesales del artículo 7 del TUE, por tanto, los valores europeos han de ser interpretados de manera que solo prohíban medidas extremadamente problemáticas, pero sin dirigirse hacia un “camino correcto” o de marcar el diseño de las instituciones de los Estados miembros. Así, no forman “normas elementales” sino más bien “líneas rojas”.⁴⁵

rausforderungen an Staat und Verfassung: Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag, Nomos, 2015, pp. 499 y ss.

⁴⁴ Con vista comparativa, Palermo, Francesco y Kössler, Karl, *Comparative Federalism*, Hart Publishing, 2017, Parte III.

⁴⁵ Más detallado en Bogdandy, Armin von *et al.*, “A potential constitutional moment for the European rule of law. The importance of red lines”, *CML-Rev*, vol. 55, 2018, p. 963.

¿Tiranía de los valores? Problemas y caminos de una protección...

En este sentido se puede entender la jurisdicción pertinente del TJUE. La sentencia pionera *Aranyosi y Căldăraru* se centra solamente en derechos absolutos, sobre todo, en la prohibición del trato inhumano,⁴⁶ es decir, normas que pertenecen al núcleo de la autopercepción europea.⁴⁷ La lógica de las “líneas rojas” explica lo que parece a primera vista una argumentación “débil” y, por tanto, en un primer momento, como poco convincente. Tanto la Comisión como el TJUE condensan el valor del Estado de derecho, del que trata la mayoría de los procesos, muchas veces solo de forma general refiriéndose a principios,⁴⁸ pero pocas veces lo desarrollan de manera interpretativa respecto a los hechos en cuestión. En el centro está *lo que no va*.

Así, el TJUE constata inicialmente en la sentencia *LM (deficiencias)* la problemática de la nueva “cámara disciplinaria”, que según su configuración aparece como un instrumento para vincular a la magistratura a la mayoría gubernamental.⁴⁹ La sentencia esboza ulteriores “líneas rojas” haciendo referencia a las conclusiones de la propuesta de la Comisión en virtud del artículo 7 del TUE donde se remite a Polonia. Por supuesto, la Corte no trata la propuesta como fuente de derecho; sin embargo, muestran las “informaciones [...] datos muy relevantes”, según los cuales han de ser valoradas las medidas polacas.⁵⁰ Esta propuesta de la Comisión indica específicamente qué medidas son incompatibles con los valores y, por tanto, deben retirarse porque han superado las “líneas rojas”.

Aunque el escaso desarrollo interpretativo de los valores afecta a la fuerza persuasiva argumentativa de la decisión, es justamente esta abstención la que evita un desarrollo de medidas

⁴⁶ C-404/15, C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, Rn. 85, 90.

⁴⁷ Grabenwarter, C., “Urteilsanmerkung zu Soering”, *NJW*, 2018, p. xxx.

⁴⁸ Véanse en particular los dos textos más importantes hasta la fecha, la propuesta razonada de la Comisión (supra, n. 6), Rn. 6 y ss., y la decisión *LM (deficiencias)*-Urteil TJCE Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 — *Minister for Justice and Equality/LM.*, Rn. 62-67. Al mismo tiempo, debe enfatizarse que el juicio *LM* proporciona muchas más razones que el juicio pionero similar en el Rs. *Ruiz-Zambrano*, TJCE Rs C-34/09 Slg. 2011 I-1177.

⁴⁹ Rn. 67.

⁵⁰ Rn. 61.

ARMIN VON BOGDANDY

en un “nivel intermedio”, que podría llevar hacia una restricción enorme de la autonomía constitucional de los Estados miembros.⁵¹

Esta lógica de las “líneas rojas” no es necesariamente hostil a la dogmática. No es completamente inimaginable desarrollar, mediante los mecanismos de abstracción y descontextualización ya probados, una dogmática de “líneas rojas”.⁵² Podría dar lugar a indicadores que alteren la presunción de que un Estado miembro cumple con los valores europeos. Tal dogmatismo, sin embargo, es algo fundamentalmente diferente a uno constitucional-convenicional de principios, que apunta a un “gran plan estructural” o a una “concepción global y significativa”.⁵³ Más bien debería seguir la lógica de una “dialéctica negativa”, que se caracteriza por decir no cómo debe ser, sino lo que no debe ser.⁵⁴

5. VISIÓN GLOBAL EVALUATIVA EN LA UNIÓN DE VALORES

La constatación concreta de la violación de un valor y de este modo de un déficit sistémico se basa en una *visión global evaluativa*, que focaliza una serie de medidas muchas veces detalladamente descritas a la luz de principios abstractos.⁵⁵ Seguramente

⁵¹ Sobre esta forma de construcción a escala Lepsius, O., “Die maßstabsetzende Gewalt”, en Jestaedt, M., et al., *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgerichts*, Suhrkamp, 2011, pp. 159, 182 y ss.; Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, *In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*, Suhrkamp, 2014.

⁵² Jestaedt, M., “Phänomen Bundesverfassungsgericht”, en Jestaedt, M. et al., *op. cit.*, pp. 77, 119 y ss., y 132.

⁵³ Bumke, Christian y Schuppert, Gunnar Folke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des “einfachen” Rechts*, Nomos, 2000, pp. 28 y 39; Volkman, Uwe, “Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit”, *VVDStRL*, vol. 67, 2008, pp. 57 (67 y ss.).

⁵⁴ Adorno, Theodor W., *Negative Dialektik. Jargon der Eigentlichkeit*, Suhrkamp, 2003.

⁵⁵ Propuesta fundada (supra, n. 6), Rn. 109, 173; TJCE (supra, n. 23), Rn. 68.

¿Tiranía de los valores? Problemas y caminos de una protección...

existen en tal discurso de aplicación, que en gran medida consiste en una visión global evaluativa de evoluciones, acontecimientos, medidas y posicionamientos, grandes márgenes de apreciación, en este sentido es el discurso inevitablemente político. En este aspecto surge fácilmente el reproche de que la forma de actuar sea parcial o de que esté alimentada por consideraciones exógenas.

Pero esta práctica de aplicación de la visión global evaluativa se justifica por tres aspectos. Primero, representa la consecuencia inevitable del escaso desarrollo de medidas, justificada por los aspectos constitucionales antes mencionados. Segundo, da respuesta a problemas específicos para afrontar derivas autoritarias de manera jurídica. Y tercero ha de tener en cuenta que la visión global evaluativa se basa muchas veces en evaluaciones concurrentes de otras instituciones, es decir, que se crea en una unión de opiniones o de valoraciones.

El papel central de la visión global evaluativa se justifica por el asunto de *déficits sistémicos*. Los discursos de aplicación jurídicos normalmente se ocupan de actos individuales. Esto lleva a plantear dificultades al tener que constatar derivas autoritarias, porque normalmente solo el *conjunto* de una serie de acciones alcanza el umbral crítico. Leyes individuales, nombramientos de jueces o prohibiciones concretas muchas veces pueden ser justificados de manera clara.⁵⁶ De este modo defiende el Gobierno polaco su reforma judicial a través de una comparación con paí-

⁵⁶ Scheppele, Kim Lane, “Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions”, en Closa, Carlos y Kochenov, Dimitry (eds.), *op. cit.*, p. 105. Las medidas polacas contra el Tribunal Constitucional parecen ser casos relativamente claros: véase Iustitia (Polish Judges Association), “Response to the White Paper Compendium on the reforms of the Polish justice system, presented by the Government of the Republic of Poland to the European Commission”, 17 de marzo de 2018, <https://twojsad.pl/wp-content/uploads/2018/03/iustitia-response-whitepaper.pdf>; Gersdorf (primer presidente de la Corte Suprema), “Opinion on the White Paper on the reform of the Polish judiciary”, 16 de marzo de 2018, <https://archiwumosiatsynskiego.pl/images/2018/04/Supreme-Court-Opinion-on-the-white-paper-on-the-Reform-of-the-Polish-Judiciary.pdf>; Comisión de Venecia “Opinion on Amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland”, Opinión núm. 833/2015, CDL-AD (2016) 001, Rn. 126, 137 y 138.

ses “no sospechosos”.⁵⁷ Para detectar un “peligro de una violación grave” de un valor mencionado en artículo 2 del TUE, es necesaria una visión integral de todas las medidas concernientes a la justicia del gobierno polaco con la debida consideración de las circunstancias políticas y sociales del país. Esto puede incluso exigir la evaluación de las acciones contra la justicia en el contexto de las acciones contra otras instituciones de control, en particular contra la oposición parlamentaria, los medios de comunicación, la academia y las ONG.⁵⁸

En tercer lugar, la legitimidad de una visión global evaluativa se ve reforzada si se basa en valoraciones idénticas de otras instituciones independientes con autoridad sobre los valores. Formulada en la lógica de unión del déficit sistémico: la aplicación regular se lleva a cabo en una *unión de valoraciones*. Cuantas más instituciones vean un problema sustancial, mayor será la evidencia de un déficit sistémico.

Es notable que cuando se trata de valores y déficits sistémicos, la interpretación y la aplicación no se presenten como un acto autónomo de conocimiento, sino como un proceso complejo de evaluación colectiva que va mucho más allá del propio ordenamiento jurídico. La Comisión y el TJUE, pero también muchas otras instituciones, se remiten a menudo a otras fuentes autorizadas para tales cuestiones, en particular las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los dictámenes de expertos de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia).⁵⁹ También son importantes las evaluaciones realizadas por organismos internacionales y organizaciones de la

⁵⁷ “White Paper on the Reform of the Polish Judiciary” (n. 6).

⁵⁸ Esta lógica de la vista general no se limita en modo alguno a los valores. El proceso para identificar un déficit sistémico en la banca es similar: aquí también, se le pide al profesional legal, en este caso la Junta Europea de Riesgo Sistémico, que eche un vistazo general; *cfr.* Reglamento (UE) 1092/2010 sobre la supervisión financiera de la Unión Europea a nivel macro y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico.

⁵⁹ Véase la propuesta de la Comisión (n. 6), pp. 18, 32, 95, 116 y ss. TJCE., Rs. C-404/15 y C-659/15 PPU – *Aranyosi y Căldăraru* (n. 47), Rn. 90.

¿Tiranía de los valores? Problemas y caminos de una protección...

sociedad civil.⁶⁰ En el contexto del principio de la autonomía del derecho de la Unión, cabe destacar, en particular, que incluso la evaluación en el marco del ordenamiento jurídico de los Estados miembros de que se trate, desempeña un papel e incluso tiene una importancia considerable en la calificación de *deficiente desde el punto de vista sistémico* en virtud del derecho de la Unión. En el caso polaco es importante que las voces polacas autorizadas consideren las medidas de reforma de la mayoría del Gobierno como totalmente inconstitucionales,⁶¹ por tanto, una situación o medida es aún más *deficiente desde el punto de vista sistémico* cuantas más instituciones de los distintos sistemas jurídicos asociados compartan esta calificación.

6. ¿TIRANÍA DE LOS VALORES?

Las instituciones europeas son lejanas y ajenas para muchas personas. Si instan a los gobiernos electos a revisar proyectos políticos importantes sobre la base de los valores europeos e incluso intentan obligarlos a hacerlo, corren el riesgo de ser rechazados por autocráticos, arbitrarios e ilegítimos. Lo mismo ocurre cuando otros Estados insisten en los valores.

Esta acusación de tiranía de los valores difícilmente podrá ser contrarrestada con el argumento de que se tiene razón. No basta con tener “derecho”, por el contrario, una defensa creíble y prometedora de los valores europeos requiere que un amplio público europeo demuestre de manera convincente en juicios justos qué exigen los valores, por qué se violan y qué es lo que hay que hacer. El fundamento jurídico de esta defensa es el objetivo real de un sistema dogmático de déficits sistémicos.

La unión de valores conlleva tantos riesgos como la unión monetaria, aunque también hay esperanza en esta funesta observación, ya que Europa ha logrado controlar la grave crisis de la

⁶⁰ Propuesta de la Comisión (n. 6), Rn. 33, 63, 76, 80 y 82.

⁶¹ Propuesta de la Comisión (n. 6), Rn. 19, 21, 29, 81, 83, 86; en particular Iustitia (Polish Judges Association), *op. cit.*, Gersdorf (primer presidente de la Corte Suprema), *op. cit.*

ARMIN VON BOGDANDY

unión monetaria. La resistencia de la idea europea es más fuerte de lo que muchos sospechan. Esto también da confianza para el futuro de la unión de valores, especialmente porque la resiliencia europea puede alimentarse aquí de una fuente particularmente fuerte: el rechazo a la tiranía. Esta actitud debe determinar el objetivo, pero también la lógica interna de todos los instrumentos contra los déficits sistémicos.